

釋字第 792 號解釋協同意見書

依本解釋意旨，販賣的核心意義在出售（賣）
買又賣，有核心意義的賣，成立販賣毒品既、未遂罪
買沒賣，無核心意義的賣，不成立販賣毒品罪

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件解釋係【販賣毒品既遂案】。

本解釋合併審理 7 件人民聲請案，原因案件都是違反毒品危害防制條例案件，聲請釋憲客體是，最高法院 101 年間決議不再援用之 25 年非字第 123 號刑事判例（下稱系爭判例一）及 67 年台上字第 2500 號刑事判例（下稱系爭判例二）。

釋憲結果：系爭判例一及二有關以營利為目的將鴉片（毒品）購入，其犯罪即經完成，成立販賣既遂罪部分，與毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 4 條第 1 項至第 4 項所定販賣毒品既遂罪，僅限於「銷售賣出」之行為已完成始足該當之意旨不符，於此範圍內，均有違憲法罪刑法定原則，牴觸憲法第 8 條及第 15 條保障人民人身自由、生命權及財產權之意旨。

本席就上開釋憲結論，敬表贊同。惟形成釋憲結論的論理，與解釋理由所述略有不同，因此提出本協同意見書。

貳、系爭判例一及二的說明

一、系爭判例一

18 年 7 月 25 日國民政府時期公布的禁烟法¹第 6 條規定：「製

¹ 見國民政府公報，法規，第 226 號

造鴉片或其代用品²或販賣或意圖販賣而持有或運輸者，處1年以上5年以下有期徒刑，得併科5千圓以下罰金。」(嗣已廢止，另於44年6月3日制定戡亂時期肅清煙毒條例，嗣迭修正為肅清煙毒條例、毒品危害防制條例)。上開條文規範的犯罪行為有製造、販賣、意圖販賣而持有、運輸4種態樣。依同法第12條規定：「第6條至第11條之未遂罪罰之。」

系爭判例一稱：「禁菸法上之販賣鴉片罪，並不以販入之後復行賣出為構成要件，但使以營利為目的將鴉片購入或將鴉片賣出，有一於此，其犯罪即經完成，均不得視為未遂。」

二、系爭判例二

59年8月17日制定公布的藥物藥商管理法(82年2月5日修正，改名為藥事法)第73條第1項規定：「明知為偽藥或禁藥，而販賣、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳述者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科5千元以下罰金。」同條第4項規定：「第1項之未遂犯罰之。」³所規範的犯罪行為態樣有：販賣、運送、寄藏、牙保、轉讓、意圖販賣而陳列等6種態樣。就販賣有關的行為，可能有販賣未遂、販賣既遂及意圖販賣而陳列。

系爭判例二(違反藥物藥商管理法第73條第1項之案件)稱：「所謂販賣行為，並不以販入之後復行賣出為要件，祇要以營利為目的，將禁藥購入或賣出，有一於此，其犯罪即為完成。上訴人既以販賣圖利之意思購入速賜康，雖於出售與某某時，已議定價格尚未交付之際，即被當場查獲，仍屬犯罪既遂。」

² 同法第1條第2項規定：「前項代用品，指嗎啡、高根、安洛因及其同類毒性物或化合物。」

³ 嗣修正為藥事法第83條第1項規定：「明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳述者，處7年以下有期徒刑，得併科新台幣5千萬元以下罰金。」

上開二則判例的重點在於，「販賣」一詞應如何解釋？系爭二判例均認為「販賣」一詞，包括購入或賣出的行為，有一於此，即構成販賣既遂。光光只有購入第一級毒品海洛因，還沒有任何出售毒品的動作，就構成販賣第一級毒品既遂罪，可判處無期徒刑以上的重刑。這樣的個案事實，是否屬於毒品條例第 4 條第 1 項至第 4 項販賣毒品罪所要規範的對象？是否為一般受規範者得以理解且可預見⁴？殊值懷疑。

參、釋憲爭議的說明

聲請人等就其只有購入毒品，而無任何出售行為，就被法院依系爭判例一或二意旨而論以販賣毒品既遂罪，聲請人等認確定終局判決實質援用或適用的系爭判例一或二，違反憲法罪刑法定原則，聲請釋憲。

7 件釋憲聲請案的爭議關鍵在於，「販賣」一詞如何解釋適用。系爭判例一及二認為「販賣」一詞，包括「販入或賣出」，有一於此，即成立販賣毒品既遂罪。嗣最高法院在 101 年間決議，系爭判例一及二不再援用，但調整見解，將「販賣」一詞解釋為「販入且賣出」，認為「販入」是「賣出毒品的著手階段」，只有「販入」而無賣（出售）的行為，或有賣（出售）的行為但未完成交付毒品，都應成立販賣毒品未遂罪⁵。

⁴ 本院釋字第 602 號解釋釋示：「有關……處罰之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則（本院釋字第 432 號、第 521 號、第 594 號解釋參照）。

⁵ 最高法院 101 年 11 月 6 日第 10 次刑事庭會議決議：所謂販賣行為，須有營利之意思，方足構成。刑罰法律所規定之販賣罪，類皆為（1）意圖營利而販入，（2）意圖營利而販入並賣出，（3）基於販入以外之其他原因而持有，嗣意圖營利而賣出等類型。從行為階段理論立場，意圖營利而販入，即為前述（1）、（2）販賣罪之著手，至於（3）之情形，則以另行起意販賣，向外求售或供買方看貨或與之議價時，或其他實行犯意之行為者，為其罪之著手。而販賣行為之完成與否，胥賴標之物之是否交付

由此可知，光光只有購入毒品而沒有賣的行為，是否成立販賣毒品罪？完全看「販賣」一詞如何解釋而定。法院究應以何種標準來解釋刑罰法規的用語？法院如擴張或增加法律所無之規定內容，而擴增可罰行為範圍，即與憲法罪刑法定原則有違。

肆、本解釋的特色：從人民的觀點，看法律應如何解釋適用

刑罰法規攸關人民生命、人身自由及財產權之限制或剝奪，是以本解釋採**憲法罪刑法定原則**(本院釋字第522號及第602號解釋參照)作為審查原則，要求國家刑罰權之行使，應嚴格遵守憲法罪刑法定原則，行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。

關於憲法罪刑法定原則，本院釋字第602號解釋曾釋示：「在**罪刑法定之原則**下，處罰犯罪必須依據法律為之，犯罪之**法定性**與犯罪構成要件之**明確性**密不可分。」(1)就**犯罪之法定性原則**而言，本解釋釋示：「法院解釋適用刑事法律時，就犯罪構成要件不得擴張或增加法律規定所無之內容，而擴增可罰行為範圍。」(2)就**構成要件明確性原則**而言，依本院釋字第602號解釋意旨，基於**法治國原則對法律明確性之要求**，本解釋特別對立法者及法院解釋適用法律時，要求如下：

一、對立法者的要求

作為**既、未遂之標準**。行為人持有毒品之目的，既在於販賣，不論係出於原始持有之目的，抑或初非以營利之目的而持有，嗣變更犯意，意圖販賣繼續持有，均與意圖販賣而持有毒品罪之要件該當，且與販賣罪有法條競合之適用，並擇販賣罪處罰，該意圖販賣而持有僅不另論罪而已，並非不處罰。此觀販賣、運輸、轉讓、施用毒品，其持有之低度行為均為販賣之高度行為所吸收，不另論罪，為實務上確信之見解，意圖販賣而持有毒品罪，基本行為仍係持有，意圖販賣為加重要件，與販賣罪競合時，難認應排除上開法條競合之適用。

本解釋理由，首先指出「法律所定之犯罪構成要件，須使一般受規範者得以理解，並具預見之可能性。」要求立法者對制定刑罰法規之犯罪構成要件時，其用語須使一般受規範者得以理解，並具預見之可能性。刑罰法規的一般受規範者，就是人民，就是普羅大眾、市井小民。換言之，立法者制定刑罰法規以規範人民的行為時，該犯罪構成要件必須是一般受規範者的普羅大眾、市井小民得以理解並具預見之可能性，否則如何要求一般受規範者遵守？

二、對法院的要求

至於一般受規範者違犯刑罰法規，法院要採取什麼標準，以解釋刑罰法規的構成要件？本解釋理由繼而指出「刑罰規定之用語，應以受規範者得以理解及可預見之標準解釋之，始符刑法解釋之明確性要求，俾能避免恣意入人民於罪，而與憲法保障人民基本權之意旨相符。」就是要求法院依一般受規範者得以理解及可預見的標準，以解釋刑罰規定的用語。

伍、「販賣」即「出售」(賣)的論證

如何依一般受規範者得以理解且可預見的標準，來解釋「販賣」的意涵？本席認為，得從（一）販賣的文義解釋；（二）毒品條例第4條的條文結構；（三）毒品條例第4條與第5條及第14條的體系解釋及（四）我國法律體系有關「販賣」規定的體系解釋，據以判斷之。

一、就販賣的文義解釋而論

首先就販賣的文義解釋而論，按刑罰法規處罰「販賣」特定物品的行為，應如何理解「販賣」的意涵。當我們查閱當前各種版本的辭典，我們可以發現，辭典的解釋說明，見仁見智，販賣一詞，有解釋為「出售」物品，有解釋為「購入物品再轉售」，無論如何，二種解釋的共同點就是「出售」，是以本解釋乃釋示「所謂販賣之核心意義均在出售⁶，均非單指購入物品之行為」。

二、就毒品條例第 4 條的條文結構而論

次就毒品條例第 4 條本身的體系著眼，本解釋釋示：該條第 1 項至第 4 項將販賣毒品與製造、運輸毒品的構成要件併列，並對該 3 種犯罪態樣，科以相同的法定刑。由此推論，本條所指的「販賣」毒品行為嚴重程度，自應與製造及運輸毒品相當。所謂製造毒品，是將毒品從無至有，予以生產，進而得危害他人；而運輸毒品，是從甲地運至乙地，使毒品流通於他地，產生危害。基於同一法理，販賣毒品罪，應在處罰「賣出」毒品，因而產生毒品危害的行為。販賣的用語，唯有如此解釋，販賣毒品嚴重程度才能與上述製造毒品或運輸毒品的危害相當。

本席認為，依上所述釋示，販賣一詞，係指「賣出」而言，有賣且出，交付毒品完成，成立販賣毒品既遂罪；有賣無出，未交付毒品完成，成立販賣毒品未遂罪。如僅單單購入毒品後之持有毒品，並無任何出售行為，應僅成立毒品條例第 5 條意圖販賣而持有罪，或第 11 條持有毒品罪，並不屬於毒品條例第 4 條所定販賣毒品罪的處罰範圍，基於憲法罪刑法定原則，法院不得擴張

⁶ 韓忠謨，刑法各論，65 年 8 月印行，頁 197，謂：「販賣則重在發售，無論先買而後賣，或先持有而後售，皆屬之。」亦強調販賣的核心意義在出售（賣）。

販賣毒品構成要件規定所無的內容，而論以販賣毒品既遂罪或未遂罪，此乃本解釋的重點所在。

三、就毒品條例的體系解釋而論

再就毒品條例的體系解釋觀之，本解釋釋示：本條例第 5 條及第 14 條第 1 項及第 2 項分別定有「『意圖販賣而持有』毒品罪」、「『意圖販賣而持有』罌粟種子、古柯種子或大麻種子罪」，都是指意圖「出售」而持有而言，假如該二條文所稱「販賣」一詞的理解，可以解釋為「單指購入」，勢必出現僅意圖「購入」即等同持有毒品，於邏輯上的不合理解釋結果。

本席再就系爭判例一所據以適用的禁烟法第 6 條規定觀之，該條規定：「製造鴉片或其代用品或販賣或意圖販賣而持有或運輸者，處 1 年以上 5 年以下有期徒刑，得併科 5 千圓以下罰金。」將「販賣」與「意圖販賣而持有」的行為併列；另就系爭判例二所據以適用的藥物藥商管理法第 73 條第 1 項規定觀之，該條規定：「明知為偽藥或禁藥，而販賣、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳述者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科 5 千元以下罰金。」亦將「販賣」與「意圖販賣而持有」的行為併列，如將「販賣」一詞的理解為得單指購入，同樣會出現僅意圖「購入」即持有鴉片或禁藥的不合理現象（一想買入毒品，就馬上持有毒品，好一個心想事成、夢想成真！）。是以本解釋理由乃謂「基於同條例散見不同條文之同一用詞，應有同一內涵之體系解釋，益見毒品條例第 4 條所稱之販賣，非得單指購入之行為。」

本席認為，本解釋先後釋示「所謂販賣之核心意義均在出售，均非單指購入物品之行為」及「毒品條例第 4 條所稱之販賣，非得單指購入之行為」，意即販賣一詞，一定要有核心意義的出

售行為，不得單指購入毒品之行為。易言之，購入毒品的行為，一定要搭配出售（賣）毒品的行為作聯結，才能成立販賣毒品既遂罪（交付）或販賣毒品未遂罪（未完成交付）。假如僅僅只有購入毒品，並無任何出售毒品的動作，既沒有販賣核心意義的出售（賣）毒品行為作聯結，仍不成立販賣毒品既遂罪或未遂罪⁷。

四、就法律體系有關於販賣規定的體系解釋而論

又「販賣」一詞，散見於各種刑罰法規或行政罰法規，與人民基本權利的保障息息相關，攸關人民生命、人身自由或財產權的限制或剝奪，販賣用語規定的解釋適用，依本解釋意旨，應以「一般受規範者得以理解及可預見之標準」解釋之。例如：

- （一）刑法第 191 條規定：「製造、販賣或意圖販賣而陳列妨害衛生之飲食物品……」。
- （二）刑法第 207 條規定：「意圖供行使之用，而販賣違背定程之度量衡者……」。
- （三）刑法第 235 條第 1 項規定：「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫……」。
- （四）菸酒管理法第 46 條第 1 項規定：「販賣、運輸、轉讓或意圖販賣、運輸、轉讓而陳列或貯放私菸、私酒……處……罰鍰」。
- （五）菸害防制法第 14 條規定：「任何人不得製造、輸入或販賣菸品形狀之糖果、點心、玩具或其他任何物品。」販賣業者違反第 14 條規定者，處以罰鍰（其他法律有關販賣規

⁷ 依目前最高法院決議及判決所示，將「購入毒品」解釋為「出售毒品」的著手階段，只有購入毒品而無出售行為，仍應成立販賣毒品未遂罪。反之，如認僅僅只有「購入毒品」而持有之，並無任何出售毒品行為，似應僅成立意圖販賣而持有毒品罪或單純持有毒品罪。

定處以刑罰或行政罰的規定，詳見附表所示)。

上開法律規定中「販賣」用詞的解釋適用，依一般受規範者得以理解且可預見的標準解釋，應均指「出售」(賣)而言。如此解釋，始符合法治國原則對刑罰法或行政罰法解釋明確性的要求，俾能避免恣意入人民於罰。基於同一解釋方法，毒品條例第4條第1項至第4項所定「販賣」一詞，當然也是指「出售」、「銷售賣出」(賣)的行為而言，並非單指購入毒品之行為。

綜上一至四論證所述，毒品條例第4條第1項至第4項所定販賣毒品罪，所謂販賣的核心意義在出售(賣)，非單指購入毒品的行為。換言之，如僅僅只有購入毒品的行為，而無任何出售(賣)的動作，並不在販賣毒品罪的處罰範圍，自無成立販賣毒品既遂罪之可言。系爭判例一及二均稱：一有購入毒品，即成立販賣毒品既遂罪，擴增法律規定所無的內容，自有違憲法罪刑法定原則，牴觸憲法第8條及第15條保障人民人身自由、生命權及財產權之意旨。

陸、結論

本解釋僅就系爭判例一及二而釋示，事實上仍有二則相同意旨的刑事判例(如最高法院68年台上字第606號⁸及69年台上字第1675號⁹)，本解釋似應依本院釋字第582號解釋：「該二判例

⁸ 68年台上字第606號刑事判例：「藥物藥商管理法第73條第1項所謂販賣，係指明知其為偽藥或禁藥，意圖販賣而有販入或賣出之行為而言，其販入及賣出之行為，不必二者兼備，有一即屬成立。本件上訴人既意圖販賣而販入春藥，縱於兜售時即被查獲，其販賣之行為亦已成立，原判決依未遂犯論處，顯有未合。」

⁹ 69年台上字第1675號刑事判例：「藥物藥商管理法第73條第1項之明知為偽藥或禁藥而販賣罪，固不以販入之後，復行賣出為構成要件，但仍須以營利為目的，將偽藥或禁藥購入，或將偽藥或禁藥賣出，二者必有其一，犯罪始為成立，方可論以既遂。如基於販入以外之其他原因而持有偽藥或禁藥後，另行起意售賣，正當看貨議價尚未完成賣出之際，即被警當場查獲，其犯罪尚未完成，自僅能以未遂論。」

及其他相同意旨判例（如最高法院 20 年上字第 1875 號、38 年穗特覆字第 29 號、47 年台上字第 1578 號等），與上開解釋意旨不符部分，應不再援用」，而併宣告此二判例亦為違憲，較為周全。

本解釋依憲法罪刑法定原則中**構成要件明確性原則**的要求，對於刑罰規定用語的解釋適用，要求法院應以「**一般受規範者得以理解及可預見的標準**」解釋之。在可預見不久的將來，我國將施行人民參與刑事審判的「國民法官法」，由非法律專業背景的一般人民與法律專業背景的法官組成審判庭，共同進行刑事案件之審理與判決，有關刑罰法規用語的解釋，更應以普羅大眾、市井小民等一般受規範者得以理解及可預見的標準，來解釋、適用之。是以本解釋的作成，為將來人民參與審判的解釋適用刑罰規定用語，提供一項前瞻性且具憲法保障人權意旨的標準，意義特別重大！

本解釋公布後，法院對「販賣」用語的解釋適用，允宜依本解釋意旨（販賣的核心意義在出售，非單指購入行為）及一般受規範者得以理解且可預見的標準，另有全新的詮釋。關於「買、入、賣、出」毒品的行為，依其行為階段，似可分別處理如下：

- （一）購買毒品（尚未取得）的階段：購買者尚不成立犯罪，僅處罰出售者的出售行為，即可達成毒品條例防制毒品危害的目的。
- （二）買「入」毒品而持有（尚無任何出售行為）的階段：持有毒品行為，可能成立毒品條例第 5 條意圖販賣而持有毒品罪¹⁰，或第 11 條持有毒品罪。
- （三）買入並著手「賣（出售）」毒品（尚未交付）的階段：可能成立販賣未遂罪。
- （四）買入毒品並賣「出」（交付）毒品的階段：可能成立販賣

¹⁰ 相同見解，請參閱，本解釋謝銘洋大法官之協同意見書。

既遂罪。

至於因其他原因（施用剩餘、受贈、搶得、拾得、竊得等）而持有毒品，一時興起販賣意圖，似應成立意圖販賣而持有毒品罪；進而著手賣（出售）毒品行為，未交付者，似應成立販賣毒品未遂罪；已交付者，似應成立販賣毒品既遂罪。如此處理及認定，方無違憲法罪刑法定原則之意旨。

附表：有關販賣行為處以刑罰或行政罰一覽表

序	有關販賣規定處以刑罰或行政罰之規定
1.	健康食品衛生管理法第 21 條： 未經核准擅自製造或輸入健康食品或違反第 6 條第 1 項規定者，處 3 年以下有期徒刑，得併科新台幣 100 萬元以下罰金。 明知為前項之食品而販賣、供應、運送、寄藏、牙保、轉讓、標示、廣告或意圖販賣而陳列者，依前項規定處罰之。
2.	電信管理法第 81 條第 1 項： 違反第 66 條第 1 項規定，販賣未經審驗合格之電信管制射頻器材者，處警告或新臺幣 1 萬元以上 20 萬元以下罰鍰，並通知限期改正；屆期未改正者，得按次處罰。
3.	農藥管理法第 46 條第 1 項： 販賣或意圖販賣而陳列、儲藏禁用農藥者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，併科新臺幣 100 萬元以上 500 萬元以下罰金。
4.	藥事法第 83 條第 1 項： 明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳列者，處 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 5000 萬元以下罰金。
5.	環境用藥管理法第 43 條： 明知為偽造、禁用環境用藥，而販賣、轉讓或意圖販賣而陳列、貯存或為之調配、分裝，因而致人於死者，處 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 300 萬元以下罰金；致重傷者，處 3 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 200 萬元以下罰金；致危害人體健康導致疾病者，處 1 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 100 萬元以下罰金。
6.	動物用藥品管理法第 35 條第 1 項： 分裝、販賣、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳列或貯藏動物用偽藥或禁藥，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 500 萬元以下罰金。
7.	商標法第 97 條： 明知他人所為之前二條商品而販賣，或意圖販賣而持有、陳列、輸出或輸入者，處 1 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 5 萬元以下罰金；透過電子媒體或網路方式為之者，亦同。